

## Direitos individuais nas relações de trabalho dos servidores públicos

SUZETE CARVALHO  
Advogada — SP

**SUMÁRIO:** 1 — Introdução; 2 — As Constituições anteriores e os servidores públicos; 2.1 — Constituição Política do Império do Brasil, de 25.03.1824; 2.2 — Constituição da República, de 24.02.1891; 2.3 — Constituição de 16 de julho de 1934; 2.4 — Constituição de 10 de novembro de 1937; 2.5 — Constituição de 18 de setembro de 1946; 2.6 — Constituição de 24.01.1967, com a redação dada pela Emenda 1/69; 3 — Dos conceitos; 3.1 — Do conceito de servidor público; 3.2 — Do regime jurídico; 3.3 — Diferença entre “cargos”, “empregos” e “funções”; 4 — A Lei Estadual n.º 500, de 13.11.74; 5 — Dos direitos trabalhistas estendidos aos servidores públicos; 6 — A questão da estabilidade; 7 — Outras disposições sobre os servidores públicos na atual C.F.; 8 — Conclusões.

### 1. Introdução

Não há expressão mais nobre que a de Servidor, tão nobre que algumas consciências privilegiadas pensam reservá-la para homenagear o próprio Criador.

— Pronunciamento do Conselheiro Paulo de Tarso Santos em Plenário do TCESP, em Homenagem Póstuma ao Servidor José Carlos dos Santos — RTCESP n.º 55 — 1.º/2.º sem./87.

A Constituição Federal promulgada a 05.10.1988, em seu artigo 39, § 2.º, estende aos servidores públicos os direitos trabalhistas elencados nos incisos IV, VI, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII, XXIII e XXX, em seu artigo 7.º. O **caput** do artigo 39 dispõe sobre a instituição de regime único para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas, e o item I do artigo 37 fala em “cargos, empregos e funções públicas”. Já o artigo 19 das Disposições Transitórias concede estabilidade aos servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício há cinco anos.

Ora, qualquer estudioso do Direito, ao ler ainda que superficialmente estas disposições, aperceber-se-á que o legislador constituinte, de alguma forma, conseguiu aproximar dois ramos do Direito cujas finalidades à primeira vista são aparentemente inconciliáveis: o Direito Administrativo e o Direito do Trabalho. E essa aparência de inconciliabilidade entre ambos, vislumbra-se no fato de que o Direito Administrativo deve visar precipuamente o "bem comum", o "interesse público", enquanto que o Direito do Trabalho objetiva, por outro lado, principalmente a protetividade do assalariado, tido *a priori* como hipossuficiente. Nada, obstante, poder-se-ia alegar que o primeiro deles engloba o segundo, na medida em que esta protetividade traz maior segurança social, o que não deixa de ser do interesse público, aliás, até mesmo com relevância.<sup>1</sup>

E é nesse encontro constitucional que se apercebe quão tênue pode ser a linha divisória entre os diversos ramos em que a Ciência Jurídica se especializou, justificando até certo ponto a concepção moderna de que estaria ultrapassada a divisão que remonta a Ulpiano<sup>2</sup>, entre os dois grandes e principais ramos da "árvore" do Direito: o público e o privado.

Vemos aqui que, em certos momentos históricos como o é a edição de uma nova Carta Constitucional, em especial quando o legislador constituinte indica uma nova diretriz, como é o caso dos direitos sociais, ora privilegiados em relação à Carta anterior, deve o especialista adentrar aquela cinzenta linha divisória, a fim de dar unidade ao sistema.

## 2. As Constituições anteriores e os servidores públicos

Todas as Constituições do Brasil, desde a Constituição Política Imperial de 1824, contiveram disposições a respeito daqueles que mantêm relações subordinadas de trabalho com o Estado, ainda que os tenha designado inicialmente por "empregados públicos" (Carta de 1824), depois "funcionários públicos" e finalmente "servidores públicos" (CF 1988).

### 2.1 Constituição Política do Império do Brasil, de 25/03/1824

A primeira Constituição do Brasil não dispensou maior atenção ao assunto, salvo nos incisos 14 e 29 do art. 179, nos quais dispunha, respectivamente:

14) "Todo o cidadão pode ser admitido aos cargos civis, políticos ou militares, sem outra diferença que não seja a de seus talentos e virtudes.

29) Os empregados públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões praticados no exercício das suas funções, e por não fazerem efetivamente responsáveis aos seus subalternos".

O *caput* do artigo 179 dispunha sobre a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, tendo por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, garantidas pela Constituição imperial na forma dos 35 incisos que se lhe seguiam, dentre os quais os dois supratranscritos, que aliados ao de n.º 16, sobre uma confusa abolição de privilégios, consubstanciavam as disposições concernentes aos servidores civis de então.

1. Carvalho, Suzete, O contrato de trabalho e a nova Constituição, Reflexos nas funções do Tribunal de Contas, resumida por Marcos Orione G. Correia, in Rev. "SYNTHESIS" n.º 9/89, p. 54/56.

2. Digesto, I.1.1.2.: "Publicum jus est quod ad statum rei romane spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem". (O direito público diz respeito ao estado da coisa romana, a *polis* ou *civitas*, o privado à utilidade dos particulares).

### 2.2 Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)

A primeira Constituição Republicana aplicou o princípio da igualdade perante a lei, em seu art. 73, ao permitir o acesso de todos os brasileiros aos cargos públicos civis e militares.

No mesmo art. 73, *in fine*, vedou as acumulações remuneradas, complementando a disposição, com o estatuído no art. 79: "O cidadão investido em funções de qualquer dos três Poderes federais não poderá exercer as de outro".

Por outro lado, manteve a Constituição republicana a concepção da culpa *in vigilando* dos funcionários, contida no disposto no inciso 29 do art. 179 da Constituição Imperial (supratranscrito), ao preceituar agora no art. 82:

"Os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos."

No art. 75, instituiu a aposentadoria por invalidez para o funcionário que estivesse a serviço da Nação.

### 2.3 Constituição de 16 de julho de 1934

Atentando para a evolução doutrinária no campo do serviço público, que propugnava por uma normatização sistemática para os que se vinculassem laboralmente com o Estado, esta foi a primeira Carta a destinar todo um título aos funcionários públicos (Título VII, artigos 168 a 173). Surge, por vez primeira, constitucionalmente, a proibição de discriminação em virtude de sexo ou estado civil, bem como a estabilidade após dois anos de efetivo exercício. Mantém-se a proibição de acumulação remunerada, exceptuando-se, agora, os cargos do magistério e os técnico-científicos. O art. 170 dispõe sobre as normas a serem obedecidas pela legislação estatutária a ser votada pelo Poder Legislativo, em cujo inciso n.º 10, inovou os direitos da mulher trabalhadora, concedendo à funcionária gestante três meses de licença com vencimentos integrais, além de dispor sobre o direito a férias anuais sem descontos, a todos os funcionários públicos.

### 2.4 Constituição de 10 de novembro de 1937

A Carta de 1937, imposta por uma ditadura de influência fascista, inspirada na Carta del Lavoro, italiana, de 1927, pouco inovou a respeito dos funcionários públicos, salvo a possibilidade de se reduzir por lei o limite de idade para a aposentadoria, bem como a prerrogativa de o Poder Público colocar funcionários em disponibilidade, quando incabível a exoneração, nos casos de conveniência ou interesse "público" (!).

### 2.5 Constituição de 18 de setembro de 1946

A Constituição de 1946 foi elaborada "em harmonia com o influxo democrático, que sucedeu o término da 2.ª Grande Guerra". Garantiu a estabilidade após dois anos de efetivo exercício, porém, agora tão-só para os funcionários concursados, sendo que os nomeados sem concurso, somente passariam a adquirir a estabilidade após cinco anos. Instituiu a vitaliciedade, com conseqüente inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos para os cargos da Magistratura, Ministros dos Tribunais de Contas, titulares de ofícios de justiça e os professores catedráticos

3. Magano, Otávio B., p. 43.

(art. 187). Deu, enfim, um grande avanço ao abandonar a tese da responsabilidade subjetiva e adotar a da responsabilidade objetiva, pois, como ensina o professor Celso Antonio Bandeira de Mello: "É evidente que o ciclo evolutivo teve em mira a ampliação do resguardo do administrado, pois lhe veio proporcionar a busca da reparação econômica em casos que não seriam acobertáveis pela simples responsabilidade dos funcionários"<sup>4</sup>.

### 2.6 Constituição de 24/01/1967, com a redação dada pela Emenda 1/69

A Carta de 1967, que teve nova redação com a Emenda n.º 1, de 17/10/1969, provinha de uma Ordem ditatorial, de cunho neocorporativista, trouxe diversas inovações a respeito dos servidores públicos, no geral entre as disposições elencadas no capítulo referente ao Poder Executivo, Seção VIII, sob a rubrica "Dos Funcionários Públicos".

Manteve a obrigatoriedade de concurso público para a primeira investidura em cargo público, porém, abrandou a rigidez da redação original de 1967, ao excetuar os "casos indicados em lei". Limitou o prazo de validade dos concursos públicos para um máximo de quatro anos. Manteve a vitaliciedade tão-somente para os magistrados e membros do Tribunal de Contas. Estabeleceu a equiparação de vencimentos entre os três Poderes, impondo como limite máximo a remuneração a ser paga pelo Executivo<sup>5</sup>.

Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, "a Constituição de 1969 não exclui o regime trabalhista comum das possibilidades de arregimentação de pessoal para o serviço público"... "Como reforço lá está o art. 110 a se referir aos litígios decorrentes das relações de trabalho da União"<sup>6</sup>.

O não afastamento do regime celetista pela norma do art. 106 da Constituição de 1969 confirmou-se pela edição da Lei Federal n.º 6.185/74 "que adotava os regimes estatutário e trabalhista como legítimos na Administração Pública Direta e Autárquica. Nesta norma positiva, coloca-se exclusivamente sob o regime estatutário os funcionários em atividade diplomática, Ministério Público, tributação, arrecadação e fiscalização de tributos federais e contribuições previdenciárias. Os demais deverão ser contratados, obrigatoriamente, pelo regime trabalhista (art. 3.º), aplicando-lhes o regime do FGTS e vedando-lhes o direito de greve e sindicalização", com exceção dos servidores de sociedades de economia mista que se encontravam proibidos apenas de fazer greve.<sup>7</sup>

## 3. Dos Conceitos

"... precaución obvia: no embarcar-se nunca en una discusión sin estar absolutamente seguro de cuál es el sentido con que nuestro oponente está usando las palabras claves."

Genaro R. Carrió<sup>8</sup>

4. Mello, Celso Antonio Bandeira de, *Responsabilidade do funcionário por ação direta do lesado*, in "Rev. de Direito Público", 1986, p. 43.

5. Ensina o Prof. Manoel Gonçalves Ferreira F.º: "a remuneração a ser paga pelo Executivo é o máximo que pode ser pago pelo Judiciário e pelo Legislativo para função igual ou assemelhada." (p. 197)

6. Moreira Neto, Diogo de Figueiredo, p. 227.

7. Anastácia, Antonio A. Junho, "O Regime Celetista no Serviço Público", Tese aprovada no V Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, BH, 1987, p. 113.

8. Carrió, Genaro R., p. 96.

Inquestionável a premissa da imprescindibilidade da noção de alguns conceitos fundamentais, mormente quando se trilha o difícil terreno do equilíbrio entre matérias cujos princípios jurídicos apresentam-se muitas vezes ontologicamente diferenciados (inobstante sua vinculação aos princípios gerais de direito)<sup>9</sup>.

O conceito básico a ser desenvolvido **ab initio** é o do próprio tema do trabalho — servidor público —, a fim de que fique estabelecido o ponto de partida para os meandros da terminologia jurídica específica dos administrativistas, que não pode ser confundida com aquela pertinente ao direito trabalhista como é o caso, por exemplo, dos vocábulos "exoneração" e "dispensa", ou da própria estabilidade, usada com "conotação"<sup>10</sup> diferente, v.g., na Consolidação das Leis do Trabalho e no artigo 19 das Disposições Transitórias da Constituição Federal de 1988.

### 3.1 Do conceito de "servidor público"

Hely Lopes Meirelles entende que os servidores públicos constituem subespécie da categoria dos agentes públicos administrativos e subdivide-os em funcionários públicos, servidores admitidos para serviços temporários, servidores contratados em regime especial e servidores contratados no regime da CLT<sup>11</sup>.

O Prof. Celso A. Bandeira de Mello ensina que se compreendem debaixo da denominação de "servidores públicos" todos os que mantêm relação de trabalho, de natureza profissional e caráter não eventual, sob vínculo de dependência com o Poder Público. Distingue como espécies os funcionários públicos os servidores de autarquias sob regime estatutário próprio, os contratados pela legislação trabalhista (pela administração centralizada ou autárquica), "ainda que sob a astuciosa denominação de 'admitidos a título precário' e os remanescentes dos antigos extranumerários".<sup>12</sup>

Assim é que, inobstante possa ser usado **stricto sensu**, está praticamente generalizado o uso da expressão "servidor público" de forma abrangente, englobando o conceito de funcionário público propriamente dito e com ele não se confundindo.

Quanto aos "funcionários públicos", e a esse respeito a doutrina é pacífica, são aqueles servidores nomeados em caráter efetivo ou em comissão, sob regime jurídico estatutário, para ocuparem cargos ou exercerem funções na administração pública. Para efeitos penais, a lei amplia o conceito, compreendendo também quem, "embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública" (art. 327, Código Penal), inclusive aqueles que os exercem em entidade paraestatal (§ 1.º).<sup>13</sup>

A Constituição Federal de 1988 adotou a expressão servidor público para referir-se àqueles que exercem "cargos, empregos ou funções públicas", ao contrário da anterior que dispunha tão-somente a respeito das relações entre o Estado e os "funcionários públicos", embora admitisse expressamente a contratação celetista,

9. A respeito, vide n.º artigo "A Justiça do Trabalho e o Tribunal de Contas", in Rev. Justitia, SP, 48 (135):12-16, jul/set/86.

10. "A ambigüidade dos termos é matriz de desinteligência entre os que têm não raro o mesmo pensamento. Muitas vezes, basta precisar o sentido dos termos que se empreguem, para cessarem, por encanto, as discussões mais aceras." (A. de Sampaio Dória, apud José Cretella Jr., in *Natureza Jurídica da Função Pública*, p. 15, n.º 6).

11. *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 338.

12. *Apontamentos sobre os Agentes Públicos*, p. 8.

13. "... entidade paraestatal é, atualmente, todo ente que auxilia o Estado na consecução de seus fins: autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações instituídas pelo Poder Público". (Carlos Borges de Castro, p. 21)



ainda que temporária, para obras ou contratos para funções de natureza técnica ou especializada (artigo 104, CF de 24/01/67), posteriormente modificada pela Emenda n.º 1/69, que trouxe determinação nova: "O regime jurídico dos servidores admitidos em serviços de caráter temporário ou contratados para funções de natureza técnica especializada será estabelecido em lei especial" (art. 106, CF 1967 c/redação da E. n.º 1/69).

No Estado de São Paulo a lei especial tomou o n.º 500 e foi editada em 13 de novembro de 1974, porém, por suas peculiaridades, dela trataremos em item especial.

### 3.2 Do regime jurídico

"Regime jurídico de determinado agente que desenvolve funções subordinadas é o conjunto de direitos e deveres a que esse agente se submete ao concretizar-se o 'vínculo jurídico' que o liga à entidade subordinante. O *vinculum iuris* é ou eminentemente estatutário, ou predominantemente trabalhista, havendo, em alguns casos, uma posição híbrida: confronte-se a situação do pessoal admitido em caráter temporário no funcionalismo do Estado de São Paulo, submetido a regimentos trabalhistas-estatutários."<sup>14</sup>

Quanto aos servidores em regime especial, ensina mestre Hely<sup>15</sup> que "não são funcionários públicos nem empregados públicos (contratados pela CLT), pelo que seu recrutamento só se permite nos casos especialíssimos previstos no art. 106 da Constituição", que a nosso ver, salvo melhor juízo, não são propriamente especialíssimos, mesmo porque, dentre os serviços de caráter temporário poder-se-á enquadrar enorme gama de funções, durante período ilimitado, como ocorre no caso da Lei n.º 500/74, do Estado de São Paulo, que pretende instituir o regime jurídico dos servidores admitidos em caráter temporário, porém, admite servidores por tempo indeterminado, inclusive para o exercício de função-atividade correspondente a função de serviço público de natureza permanente (art. 1.º, I), sendo que a própria lei regula a aposentadoria desses servidores, nos artigos 27 a 31.

### 3.3 Diferença entre "cargos", "empregos" e "funções"

O inciso I do artigo 37 da CF de 1988 dispõe que "os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei".

A doutrina ainda é escassa a respeito do exato entendimento a ser dado a esse dispositivo. Para alguns, ao utilizar os vocábulos "cargos, empregos e funções", a Constituição estaria autorizando a admissão indiscriminada de servidores — desde que concursados —, independente do regime jurídico adotado. Mas, na verdade, para a exegese a ser dada a esse e a alguns outros artigos que tratam da matéria, necessária se faz a conceituação desses três vocábulos.

Para a definição legal de cargo público, podemos socorrer-nos do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo: "Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades cometidas a um funcionário". (Lei n.º 10.261/68, art. 4.º)

Os conceitos legais, via de regra, não satisfazem as necessidades de ordem didática, que competem aos doutrinadores. Assim, uma vez mais, buscamos o

14. Castro, Carlos Borges de, *Regime...*, p. 1.

15. Meirelles, Hely Lopes, p. 384.

ensinamento de Hely L. Meirelles, administrativista conceituado, para quem "cargo público é o lugar instituído na organização do funcionalismo com denominação própria, atribuições específicas e estipêndio correspondente, para ser provido e exercido por um titular na forma estabelecida em lei".

Distingue-o de **função**, que conceitua como "a atribuição ou o conjunto de atribuições que a Administração confere a cada categoria profissional, ou comete individualmente a determinados servidores para a execução de serviços eventuais. Esclarece ainda o professor Hely<sup>16</sup>: "Todo cargo tem função, mas pode haver função sem cargo. As funções do cargo são definitivas; as funções autônomas são, por índole, provisórias, dada a transitoriedade do serviço que visam atender. Daí, por que as funções permanentes da Administração devem ser desempenhadas pelos titulares de cargos, e as transitórias, por servidores designados, admitidos ou contratados precariamente".

Dada a clareza da explicação, havemos por bem transcrevê-la a fim de podermos desenvolver o trabalho partindo dos pressupostos ali expressos, ou seja, o de que cargo traz conotação implícita de "lugar" atribuído a funcionário que exercerá "função" de caráter permanente, enquanto as "funções" de caráter transitório destinam-se a ser exercidas por servidores "admitidos" (lei especial) ou "contratados" (CLT).

Os cargos serão providos por funcionários nomeados após concurso público de provas ou provas e títulos, que gozarão de estabilidade após dois anos de efetivo exercício, ou por funcionários nomeados para cargos de confiança, declarados por lei de livre nomeação e exoneração. A exoneração (que não se confunde com a demissão e a dispensa) é ato pelo qual o funcionário deixa de prover um cargo público e pode ocorrer a pedido do funcionário ou a critério da Administração, nos casos previstos em lei.

A demissão é aplicada como penalidade a funcionários, enquanto que a dispensa é ato pelo qual, a pedido ou a critério da Administração (aqui, inclusive em caráter disciplinar) o servidor deixa de ocupar uma função-atividade (exercida esta por servidores admitidos em regime jurídico especial ou trabalhista).

Entendidos os conceitos de cargo e função, resta tão-só abordar o termo "empregos" utilizado pelo legislador constituinte no inciso I do artigo 37 da Constituição Federal de 1988.

Ora, por todo o exposto, parece-nos de clareza meridiana que os empregos serão preenchidos por empregados definidos pelo art. 3.º da Consolidação das Leis do Trabalho, os quais exercerão, em princípio, funções de caráter transitório, já que as de caráter permanente se destinam aos funcionários. Em São Paulo, a Lei n.º 500/74 admite, embora em caráter excepcional, a admissão de pessoal no regime trabalhista, inclusive para o exercício de função-atividade correspondente à função de serviço público de natureza permanente. Hoje, cogita-se de sua inconstitucionalidade.

Considerando (conforme já visto) que o Decreto-lei n.º 200/67 enquadra na Administração Indireta (art. 5.º), além das Autarquias (I), as Empresas Públicas e as Sociedades de Economia Mista (inc. II e III) que são pessoas jurídicas de Direito Privado, parece evidente que a elas se dirige a Constituição quando fala em

16. Meirelles, Hely Lopes, ob. cit., p. 15.

“empregos”, tornando obrigatória agora também a aprovação prévia em concurso, para a contratação de empregados.

Preleciona Hely L. Meirelles que “...determina ainda o Decreto-lei n.º 200/67 sejam-lhes propiciadas condições idênticas às do setor privado, embora, **sob supervisão ministerial**, devam sujeitar-se ao plano geral do governo, e, mais, que o regime de seu pessoal seja o da Consolidação das Leis do Trabalho”.

O art. 182 do Decreto-lei n.º 200 parece encerrar a questão: “Nos casos dos incisos II e III do art. 5.º e do inciso I do mesmo artigo, quando se tratar de serviços industriais, o regime de pessoal será o da Consolidação das Leis do Trabalho; nos demais casos, o regime jurídico do pessoal será fixado pelo Poder Executivo”.

A nova Constituição, a nosso ver, apenas acrescenta mais um caso de contratação celetista, quando autoriza contratação por prazo determinado (aqui, inclusive, para a administração pública direta), conforme casos estabelecidos por lei, para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público.

#### 4. A Lei Estadual n.º 500, de 13.11.74

No Estado de São Paulo, em cumprimento ao disposto no artigo 106 da Constituição de 1967, com a redação que lhe foi dada pela Emenda n.º 1/69, foi editada a Lei n.º 500/74 que instituiu o regime jurídico dos servidores admitidos em caráter temporário.

Dispõe:

Art. 1.º — “Além dos funcionários públicos poderá haver na Administração estadual servidores admitidos em **caráter temporário**:

I — para o exercício de função-atividade, correspondente à função de serviço público de **natureza permanente**;

II — para o desempenho de função-atividade de natureza técnica, mediante contrato bilateral, por **prazo certo e determinado**;

III — para a execução de determinada obra, serviços de campo ou trabalhos rurais, todos de natureza transitória, ou ainda, a critério da Administração, para execução de serviços decorrentes de convênios.”

(grifos nossos)

A seguir, no art. 3.º e seu § 1.º, a lei autoriza a admissão para as funções supra, **também no regime trabalhista**, o que, aliado ao fato de o inciso I do art. 1.º admitir a admissão de servidores em caráter temporário também para o exercício de função-atividade correspondente à função de serviço público de natureza permanente, numa lei elaborada para instituir regime jurídico de servidores para “serviços de caráter temporário”, caracteriza, no mínimo, uma tautologia jurídica. Essa lei, para o juiz e doutrinador Valentim Carrion, configura o “fantasma” do *tertium genus* entre o contrato administrativo (funcionários) e o contrato de emprego (CLT).<sup>17</sup>

O Professor Celso Antonio Bandeira de Mello reforça nossa visão crítica, quando ao comentar o artigo 106 da Carta Constitucional de 1967, com redação da E. n.º 1/69, declara: “Desejou a Lei Magna, de um lado, afastar a aplicação obrigatória das normas trabalhistas e, de outro, obstar a atribuição dos mesmos

direitos funcionais que viessem a nivelar funcionários e servidores admitidos para os referidos serviços”.<sup>18</sup>

#### 5. Dos direitos trabalhistas estendidos aos servidores públicos

A Constituição Federal promulgada a 05.10.88 privilegiou os direitos sociais, que deixaram, pela vez primeira de ser elencados sob a rubrica dos “Direitos econômicos e sociais”, para serem capitulados no título referente aos direitos e garantias fundamentais. Privilegiou-os ainda quando, a par de aumentar os direitos trabalhistas, ampliou em muitos casos os já existentes. Privilegiou, enfim, os direitos sociais, ao estender a maior parte dos direitos dos trabalhadores, pela primeira vez na história do Direito Constitucional brasileiro, aos servidores públicos em geral, inclusive os regidos pelo regime estatutário.

Dispõe o § 2.º do art. 39: “Aplica-se a esses servidores o disposto nos artigos 7.º, IV, VI, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII, XXIII e XXX” (transcrição em anexo).

Considerando que os servidores contratados sob o regime da CLT terão automaticamente garantidos não só os direitos de que tratam esses incisos como daqueles ali não relacionados, o inusitado, no caso, é sua extensão aos funcionários (estatutários), que de sua parte, gozam de alguns direitos muito superiores aos dos celetistas, como é o caso da aposentadoria com vencimentos integrais, razão pela qual, parece-nos, não cuidou o legislador constituinte de estender-lhe também o fundo de garantia por tempo de serviço (inciso III), agora, a nosso ver, entendido pela Constituição como mais um direito, não mais como regime opcional ao da estabilidade.

#### 6. A questão da estabilidade

A estabilidade de que trata o art. 41, *caput* e § 1.º da nova Constituição difere daquela a que se refere a legislação trabalhista, porquanto pressupõe o exercício efetivo de cargo público durante dois anos, e para o qual o funcionário tenha sido nomeado após concurso público e do qual, então, somente poderá ser demitido (com o sentido de penalidade) “em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa”. Outrossim, tem conotação diferente da estabilidade “especial”, digamos assim, tratada no artigo 19 das Disposições Transitórias da atual Constituição, por sua peculiaridade.

Ensina o eminente administrativista que é Celso Antonio Bandeira de Mello: “...a estabilidade é direito de permanência no serviço público. Já a efetivação é a estabilidade em um cargo obviamente de provimento efetivo”.<sup>19</sup> Para José Afonso da Silva a estabilidade é “um direito que a Constituição garante ao funcionário público”, enquanto que a efetividade “é um atributo do cargo, concernente à forma de seu provimento”.<sup>20</sup> O Prof. Hely Lopes Meirelles define a estabilidade como “a garantia constitucional de permanência no serviço público, outorgada ao funcionário que, nomeado em caráter efetivo, tenha transposto o estágio probatório”

18. Apontamentos..., p. 58.

19. Apontamentos..., p. 25.

20. Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 180.

17. apud Suzete Carvalho, in A Justiça do Trabalho e o Tribunal de Contas, nota de rodapé n.º 5.



acrescentando que “Não há confundir efetividade com estabilidade, porque aquela é uma característica da nomeação, e esta é um atributo pessoal do ocupante do cargo, adquirido após a satisfação de certas condições de seu exercício.”<sup>21</sup> A efetividade é um pressuposto necessário da estabilidade. Sem efetividade não pode ser adquirida a estabilidade”. Esta última afirmação da efetividade como pressuposto da estabilidade, justifica nosso tratamento anterior de “especial” para a estabilidade a que se refere o art. 19 das Disposições Transitórias da atual Carta Magna, que dispõe:

Art. 19 — “Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público.”

Preliminarmente, cabe lembrar que a Constituição anterior também abrigou dispositivo semelhante, visando àquela altura, solucionar o problema criado com as admissões de extranumerários e interinos (art. 177, § 2.º, das Disposições Gerais e Transitórias da C.F. de 24.01.67, com a redação original, que entrou em vigor em 15 de março de 1967)<sup>22</sup>.

Agora, parece evidente que o texto constitucional de 1988 visou precipuamente a estabilidade dos admitidos em regime jurídico especial de que tratava o art. 106 da C.F. anterior, bem como os contratados celetistas, já que, segundo o § 2.º do art. 19 das Disposições Transitórias, a Carta atual exclui expressamente do benefício os “cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão” e os que “a lei declare expressamente de livre exoneração”, ou seja, todos os demissíveis *ad nutum*.

Questão interessante é a que se refere à obrigatoriedade ou não, e suas consequências, dos servidores referidos no *caput* do artigo 19 (supratranscrito) submeterem-se ao concurso para fins de efetivação, porquanto o § 2.º deste artigo utiliza a expressão “quando se submeterem”. Ora, se a exegese dessa disposição levar à conclusão de que há obrigatoriedade da prestação do concurso para fins de efetivação, pergunta-se qual seria a consequência da desaprovação no concurso para aqueles que já são estáveis nos termos do *caput* do artigo. Perderiam a estabilidade? Ou melhor: É a aprovação em concurso público condição para a continuação da estabilidade já adquirida? Ou dever-se-ia interpretar o sentido da expressão “quando se submeterem”, como sendo “se se submeterem” a concurso público para fins de efetivação, o que daria ao disposto no inciso II apenas a conotação de um *plus* a mais a estes servidores, que, pretendendo tornar-se efetivos teriam a seu favor a contagem, como título, do tempo de serviço anteriormente exercido?

A nós, nos parece mais razoável esta interpretação, já que o entendimento da obrigatoriedade da prestação do concurso, importaria na consequente obrigatoriedade de aprovação, o que tornaria inócua a expressão “são considerados estáveis no serviço público”, que não é posta condicionalmente no *caput* do art. 19.

Por outro lado, a nosso ver, nada impede que seja contado como título o tempo de serviço dos servidores que contavam, à data da promulgação da Constituição, tempo inferior a cinco anos de exercício continuado, porquanto, a estes sim, deveria ser obrigatória a submissão a concurso público como condição para a permanência

no serviço público — condicionada à prévia criação por lei dos cargos respectivos —, e não sua pura e simples dispensa, como querem alguns.

## 7. Outras disposições sobre os servidores públicos na atual C.F.

O art. 37 traz em seus vinte e um incisos, algumas disposições já existentes em nosso direito constitucional anterior, por um lado, e algumas absolutamente inovadoras, por outro. Dentre estas últimas, há que destacar a extensão aos servidores públicos do direito coletivo de greve e sindicalização (inc. VI e VII), cujos dissídios competiriam à Justiça do Trabalho solucionar, nos termos do art. 114 da Constituição.

Autorizada, então, estaria a deslocação da competência, quando se tratar de funcionários (estatutários), hoje exercida pela Justiça comum *ratione personae*, para aquela Justiça especial, em razão da matéria?<sup>23</sup>

Qual o entendimento a ser dado ao termo “trabalhadores” utilizado pelo legislador constituinte no art. 114? Devem hoje os servidores públicos *lato sensu* ser enquadrados (graças à extensão da maior parte dos direitos dos empregados a eles estendidos) na classe trabalhadora como parte da relação jurídica laboral?

A Constituição Federal de 1946 (art. 123), repetida *ipsis literis* pela de 1967 e Emenda de 1969, falava em “dissídios individuais e coletivos entre empregados e empregadores”, ao dispor sobre a competência da Justiça do Trabalho, enquanto que a atual fala em *trabalhadores e empregadores*, a par de estender sua competência aos “entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União...” (g.n.). Óbvio a maior abrangência do vocábulo “trabalhadores”, que poderia perfeitamente compreender também os funcionários públicos, especialmente com a explícita maior abrangência do termo “empregadores” que inclui também os entes da administração pública.

Suportaria a Justiça do Trabalho arcar com mais esse ônus, já que a nova Constituição Federal, “ampliando os direitos dos trabalhadores, por um lado, e a competência da Justiça do Trabalho, por outro, trará um aumento substancial a esse volume de trabalho, o que poderá, a médio prazo levar seus órgãos, especialmente os de 1.º grau, a uma situação insustentável, ainda que se crie um número apreciável de novas Juntas”<sup>24</sup>?

Voltando ao direito de greve para os servidores públicos, trata-se de norma cuja eficácia depende da edição de lei complementar, bem como da solução a ser dada a respeito da competência da Justiça do Trabalho para julgar os eventuais dissídios respectivos, a fim de que seu exercício não se torne inócua, como tem acontecido com as recentes greves dos professores da rede estadual de ensino, em que a recusa da Administração em negociar, transformou a paralisação em mero protesto impotente e prejudicial aos corpos discente e docente, dada a impossibilidade atual do ajuizamento de dissídio.

Quanto ao direito de sindicalização, se não for dado aos sindicatos o direito de representação judicial contra o Poder Público, seu exercício não trará maiores

21. Ob. cit., p. 372/373

22. Vide *Apontamentos...* de Celso A. Bandeira de Mello, p. 24; inclusive nota de rodapé n.º 10.

23. Já existe decisão de 1.ª instância na Justiça do Trabalho de São Paulo, dando-se por competente para o julgamento desses dissídios, embora haja decisões contrárias em maior número.

24. Carvalho, Suzete, “Proposta para desafogar a Justiça do Trabalho diante dos novos dispositivos constitucionais”, resumo de artigo, publicado na Rev. “Synthesis”, 8/89, p. 77.

benefícios aos funcionários que as Associações já existentes, cuja representatividade, se existe, é para "inglês ver".

O item XIV do art. 37 traz inovação objetivando terminar com os famosos efeitos "cascata" de benefícios como, por exemplo, o adicional por tempo de serviço, que quinquenalmente era calculado e somado à remuneração, para recálculo. A inacumulabilidade remunerada de cargos públicos é mantida (XVI) não mais se excetuando o caso da permissibilidade do exercício da função de juiz com um cargo de professor. As pessoas portadoras de deficiências ganham privilégio de reserva de percentual de cargos e empregos públicos (VIII).

O art. 39 traz a grande novidade da instituição de regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas, o que, esperamos, possa ajudar a solucionar muitas das questões que hoje se nos apresentam, descomplicando as relações jurídico-trabalhistas da Administração Pública, o que, aliado à obrigatoriedade dos concursos públicos para todos, traria maior dignidade ao que eu chamaria de "classe trabalhadora pública", cuja grande maioria se constitui dos chamados "barnabês" — pequenos servidores mal pagos, sem direitos reivindicatórios e ainda desrespeitados pela opinião pública.

Enfim, o art. 40 da nova C.F. traz, também como inovação, a possibilidade da aposentadoria proporcional ao tempo de serviço, aos trinta anos de exercício ou sessenta de idade, se mulher, e aos trinta e cinco anos de serviço ou sessenta e cinco de idade, se homem.

## 8. Conclusões

Grande parte das disposições referentes aos servidores públicos na Constituição Federal de 1988, é constituída por normas ditas de "eficácia contida", por dependem de legislação ordinária para sua efetiva aplicabilidade, como é o caso, v.g., da instituição de regime único para os servidores da administração pública direta, autarquias e fundações públicas ou da contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.

Por outro lado a doutrina é ainda incipiente e a *opinio doctoris* quase que se limita a alguns "achismos" (doxa), sem maior cientificidade ou consistência jurídica.

A jurisprudência praticamente não existe ainda, como sói acontecer sempre que uma nova ordem constitucional modifica estruturalmente concepções jurídico-sociais ou político-econômicas, devendo o "Poder Judiciário" preencher paulatinamente e quiçá, concomitante com o ordenamento infraconstitucional, o espaço vazio jurídico estabelecido com a nova ordem.

Toda contribuição séria, cientificamente embasada parece-nos importante nesse primeiro momento em que a lacuna legal e doutrinária causa perplexidades nos vários segmentos.

De forma geral acreditamos poder concluir que a Constituição Federal de 1988, ao tratar dos servidores públicos foi coerente com o espírito democrata-social que se impôs ao elevar a primeiro plano os direitos sociais, estendendo grande parte deles àqueles trabalhadores, a par de buscar maior moralização da Administração Pública na busca da isonomia salarial entre os poderes (art. 39, § 1.º), da obrigatoriedade dos concursos públicos de provas ou de provas e títulos (art. 37, II), na proibição da acumulação remunerada (XVI, letras "a" a "c", art. 37), na fixação (remetida à lei)

de remuneração máxima (art. 37, XI), ou na inacumulabilidade de acréscimos ulteriores (art. 37, XIV).

## Bibliografia

ANASTASIA, Antonio A. Junho, *O Regime Celetista no Serviço Público*, Tese aprovada no V Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, Belo Horizonte, 1987.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, *Apontamentos sobre Agentes e Órgãos Públicos*, RT:SP, 1975.

—, *Responsabilidade do funcionário por ação direta do lesado*, in Rev. de Direito Público, RT:SP, 1986.

CARRIÓ, Genaro, R., *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, 3.ª ed. aum., Abeledo-Perrot: Buenos Aires, 1986.

CARVALHO, Suzete, *O Contrato de Trabalho e a Nova Constituição — Reflexos nas funções do Tribunal de Contas*, Palestra proferida no T.C. de São Paulo e resumida para publicação na Rev. "Synthesis" n.º 9/89, p.54/56.

A *Justiça do Trabalho e o Tribunal de Contas*, in Rev. "Justitia", SP, 48 (135): 12-16, jul/set/86.

*Proposta para desafogar a Justiça do Trabalho diante dos novos dispositivos constitucionais*, Rev. "Synthesis": SP, 8/89.

CASTRO, Carlos Borges de, *Regime Jurídico da CLT no Funcionalismo*, Saraiva: SP, 1981.

CRETELLA JR., José, *Natureza Jurídica da Função Pública*, Saraiva: SP, 1953.

FERREIRA F.º, Manoel Gonçalves, *Comentários à Constituição Brasileira*, Saraiva: SP, 1974.

MAGANO, Octávio Bueno, *Manual de Direito do Trabalho*, vol. II, LTR: SP, 1984.

*Manual do Funcionalismo Público do Estado de São Paulo*, Secretaria dos Negócios da Administração, Coordenadora Maria Antonieta Pedrosa Dias — São Paulo, CRHE, 1986.

MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, 13.ª Ed. atual., RTL: SP, 1987.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Curso de Direito Administrativo*, Forense: RJ, 1983.

SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 2.ª ed. rev. e ampl., RT: SP, 1984.

## Direito Positivo

CONSOLIDAÇÃO das Leis do Trabalho, aprovada pelo Dec.-lei 5.452/43.

CONSTITUIÇÕES Brasileiras: 1824; 1891; 1934; 1937; 1946; 1967; E. N.º 1/69 e Constituição de 1988.

DECRETO-LEI 200, de 25.02.67.

LEI 500/74, do Estado de São Paulo.

LEI 10.261/68 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo).

## Anexo

Dispositivos do artigo 7.º que se aplicam aos servidores públicos, por força do artigo 39, § 2.º, da Constituição Federal de 1988.

Art. 7.º — “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

...

IV — salário mínimo...;

VI — irredutibilidade do salário, salvo...;

VII — garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável;

VIII — décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;

IX — remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;

XII — salário família para os seus dependentes;

XIII — duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais...;

XV — repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;

XVI — remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal;

XVII — gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;

XVIII — licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário com a duração de cento e vinte dias;

XIX — licença-paternidade, nos termos fixados em lei;

XX — proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

XXII — redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

XXIII — adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;

XXX — proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.”

